

Bruno Celano

## Consuetudini, convenzioni

**Abstract** - The origins of Italian analytical jurisprudence may be traced back to N. Bobbio's claim (1950) that law is a kind of prescriptive language, the prescriptive discourse of the lawgiver. Customary law is not taken into account by this claim. In subsequent developments of Italian analytical jurisprudence, custom remained a widely neglected topic, even though it still plays an important role in some areas of contemporary law.

According to the received view, custom, as a source of law, is made up of two factors: a given pattern of repeated, external, behavior; and an internal, subjective, attitude, the so-called *opinio iuris*.

Recently, however, it has been claimed (by G. Lazzaro and R. Guastini) that the *opinio* of the received view has to be replaced by a different attitude, a "reciprocity expectation". Thanks to this claim, jurisprudential theories of customary law may now be linked with current game-theoretical and strategic accounts of spontaneous social rules.

The key concept in understanding custom is the concept of strategic interaction: a choice-situation, in which the results of each agent's choice depend on what the other agents will choose (each one of them has to choose what to do on the basis of his expectations about the others' choices, knowing that the others, too, are in the same position). Custom, in its paradigmatic form, is a standard of behavior answering to an interactive situation of this kind. It is, namely, a regularity in behavior grounded in:

1) a set of concordant mutual expectations of behavior, of first and higher orders (expectations about the others' behavior, about the others' expectations about one's own behavior, and so on);

2) a set of conditional preferences, depending on these expectations, such as to produce, given the latter, a correspondent regularity in behavior.

When a customary social practice is under way, such expectations and preferences are common knowledge between the parties (each one knows that each one knows... that each one has the relevant expectations and preferences).

So understood, custom appears to be a kind of agreement. No sharp dichotomy is to be drawn between agreement (conscious, deliberate convention, whether tacit or explicit) and spontaneous, "immediate" or "unreflecting", customary practice. There is a paradigmatic, albeit specific, concept of custom, according to which customs simply *are* agreements.

This claim gains further plausibility in the light of an interesting phenomenon: in many theoretical and practical contexts, the concept of custom and that of agreement are often, as it were, intertwined with each other. Examples of this mutual relationship between the two concepts in the legal field are, among others, unwritten constitutional rules, customary international law, and contractual usages in private law.

### 1. Introduzione

L'atto di nascita della filosofia analitica del diritto in Italia è la tesi di N. Bobbio (1950) secondo cui il diritto è il discorso prescrittivo del legislatore<sup>1</sup>.

Lo stesso Bobbio, però, rilevava nel 1961 che tutta la nostra tradizione giuridica è dominata dalla distinzione fra due modi tipici di produzione del diritto: la consuetudine e la legge<sup>2</sup>; e avvertiva che non vi è società organizzata in cui questi due momenti della produzione giuridica non siano, in misura maggiore o minore, presenti<sup>3</sup> (1961, p. 426).

Nonostante questa avvertenza, la consuetudine è stata letteralmente rimossa, come problema teorico, dalla riflessione analitica sul diritto italiana. Il diritto consuetudinario vi ha ricevuto scarsissima attenzione.

Questo atteggiamento è parzialmente giustificato dall'importanza del tutto residuale che, almeno a prima vista, la consuetudine riveste, in quanto fonte di produzione giuridica, nell'ambito degli ordinamenti contemporanei di diritto codificato (soprattutto se dotati di costituzione rigida).

Tuttavia, a parte l'indiscussa importanza storica della fonte consuetudinaria, anche nel diritto contemporaneo vi sono settori nei quali la consuetudine ha un notevole rilievo. Mi riferisco, oltre che ovviamente al diritto internazionale, al diritto costituzionale, al diritto marittimo, agli usi c.d. negoziali in diritto privato.

Non solo. Sono oggi in pieno sviluppo teorie del diritto (in particolare, le teorie di ispirazione ermeneutica) che si richiamano al modello della formazione consuetudinaria di norme (giuridiche e non), ed alle idee ad esso abitualmente connesse (tradizione, eticità, vincoli

comunitari, appartenenza), in chiave critica nei confronti dei paradigmi teorico-giuridici dominanti, di matrice giuspositivistica (segnatamente, imperativismo e normativismo); ed in funzione polemica nei confronti dei valori della codificazione e dell'Illuminismo giuridico (universalismo, individualismo, formalismo, convenzionalismo).

Tutto ciò giustifica una ripresa del tema della consuetudine da un punto di vista analitico. Il mio obiettivo è duplice: anzitutto (2.-5.) presenterò un'analisi ricostruttivo-esplicativa del concetto di consuetudine; in seguito (6.-8.) accennerò ad alcune delle implicazioni di questa analisi per la teoria del diritto. La tesi che intendo sostenere è che:

1) il contesto appropriato per la comprensione della consuetudine, o almeno di alcuni fenomeni consuetudinari paradigmatici, è il contesto dell'interazione strategica;

2) l'adozione del modello dell'interazione strategica consente di chiarire il ruolo e la rilevanza della consuetudine in alcuni settori - circoscritti, ma non certo marginali - del diritto contemporaneo.

Prima di iniziare, però, sono opportune alcune precisazioni.

(1) 'Consuetudine' è un termine plurivoco. Non è mia intenzione legiferare in merito al suo uso corretto (fornire condizioni necessarie e sufficienti, del tipo "tutto o niente", del suo uso appropriato). Costruirò, invece, più nozioni di consuetudine, tutte ammissibili (anche se non in eguale misura) dal punto di vista dell'uso linguistico corrente. Tali nozioni, però, costituiscono una serie orientata (una progressione): si tratta di nozioni progressivamente più forti, maggiormente determinate (più "esigenti").

In altri termini: il concetto di consuetudine è un concetto stratificato; man mano che si scava, ci si avvicina al "nocciolo" della consuetudine (il paradigma, il modello, l'idea di consuetudine).

(2) Per chiunque conosca l'analisi svolta da D. Lewis (1969) del fenomeno che egli denomina *convention* sarà evidente il mio debito nei suoi confronti. Tuttavia, la mia proposta di definizione non coincide con quella di Lewis. Ciò che io intendo per consuetudine è, come si vedrà, un fenomeno più generale e comprensivo del fenomeno definito da Lewis (non potrò però soffermarmi esplicitamente sulle differenze).

(3) Non discuterò né il problema delle condizioni necessarie e sufficienti affinché la consuetudine possa valere come fonte del diritto (il problema del "fondamento di giuridicità" della consuetudine), né la posizione della consuetudine nella gerarchia delle fonti degli ordinamenti giuridici contemporanei. Il mio problema non è: "A quali condizioni una consuetudine può dirsi una consuetudine *giuridica*?", ma un problema più generale: "Che cos'è, come tale, una consuetudine?".

Le teorie della consuetudine elaborate in sede di filosofia, teoria, e scienza del diritto sono, primariamente, teorie del fondamento di giuridicità della consuetudine. Per questa ragione, farò un uso volutamente e sistematicamente analogico (traslato) delle concezioni teorico-giuridiche della consuetudine, frutto del loro trapianto in un campo problematico diverso, anche se attiguo.

(4) E' verosimile che un'analisi adeguata della consuetudine, e del diritto consuetudinario, richieda da parte del teorico del diritto di impostazione analitica il ricorso a strumenti teorici diversi da quelli abituali. L'identificazione del diritto con un certo tipo di discorso, il discorso prescrittivo del legislatore, implica che le norme giuridiche siano definite come una certa classe di fenomeni linguistici, la classe delle proposizioni prescrittive che soddisfano particolari condizioni. Alla luce di questa identificazione, è del tutto naturale che il compito di una teoria analitica del diritto si risolva nella definizione della "logica" del discorso legislativo (elaborazione di una sintassi, una semantica, ed una pragmatica del linguaggio prescrittivo giuridico; definizione di una logica, una dialettica ed una retorica dell'argomentazione giuridica). Si realizza così una naturale convergenza fra l'approccio analitico in teoria del diritto e l'atteggiamento esegetico caratteristico della scienza giuridica nell'età della codificazione. Non appena quella identificazione venga messa in questione, però, l'armamentario teorico dell'analisi

del linguaggio in senso stretto (determinazione del tipo di significato attribuibile a enunciati prescrittivi, delle loro peculiarità logiche, e così via) si rivela inadeguato.

Ciò che intendo suggerire è che è possibile porre rimedio a questa inadeguatezza ricorrendo alle indagini sulla formazione spontanea di regole sociali, sviluppatasi grazie alle acquisizioni della teoria dell'interazione strategica (teoria dei giochi). Naturalmente, la possibilità di operare una simile saldatura fra teoria dell'interazione strategica e teoria del diritto comporta una serie di problemi di carattere generale, che non affronterò in questa sede. Ma è bene precisare, a scanso di equivoci, che nulla di quanto sosterrò implica che in linea generale il paradigma della formazione spontanea di regole sociali debba essere giudicato preferibile, sotto il profilo teorico o ideologico, al paradigma "legislativo".

## 2. La teoria minima della consuetudine

Iniziamo da quella che chiamerò la *teoria minima* della consuetudine (d'ora in avanti, TM).

Secondo l'ortodossia teorico-giuridica dominante (oggetto però di una ricorrente e profonda insoddisfazione) la consuetudine, in quanto fonte del diritto, consta di due elementi fondamentali:

1) la ripetizione, generale e costante, di un certo tipo di comportamento osservabile (l'elemento c.d. esteriore, materiale o oggettivo della consuetudine, comunemente denominato *usus*);

2) un atteggiamento interiore ("spirituale", psicologico, mentale, soggettivo), la cosiddetta *opinio iuris ac necessitatis*.

In altri termini, affinché sussista una consuetudine è necessario:

1) che un certo tipo di comportamento sia generalmente e costantemente ripetuto;

2) che il comportamento ripetuto sia avvertito (giudicato, ritenuto, creduto, sentito, riconosciuto, assunto...) come vincolante (come un comportamento che *deve* essere tenuto).

Da questa concezione della consuetudine, che è una concezione della consuetudine *giuridica*, è possibile estrapolare la teoria minima (che, per inciso, corrisponde all'analisi svolta da H. Hart - 1961, pp. 54 sgg. - di quelle che egli chiama "regole sociali"). Stando a TM:

(TM)

In una situazione ricorrente S,

sussiste una consuetudine presso i membri di un gruppo G se e solo se, dato un certo tipo di comportamento C,

(1) in ogni istanza di S ciascuno dei membri di G<sup>[2]</sup> si comporta nel modo C (i membri di G si comportano regolarmente nel modo C in S);

(2) i membri di G considerano C uno standard vincolante di condotta in S ("ciò che si deve fare" in S);

(3) i membri di G si comportano nel modo C in S *perché* considerano C uno standard vincolante di condotta in S.

Per mettere alla prova TM, cominciamo col chiederci se *ogni* regolarità di comportamento possa costituire l'aspetto esteriore di una consuetudine. Ci sono condizioni che una regolarità di comportamento deve soddisfare per poter essere qualificata e descritta come *usus* relativo ad una consuetudine?

Una prima condizione restrittiva è abbastanza ovvia. I comportamenti consuetudinari sono *azioni*, che ciascuno dei partecipanti ad una prassi consuetudinaria compie, o può compiere, *intenzionalmente* (dunque, può *omettere* di compiere).

Ma è possibile indicare condizioni ulteriori?

Se una certa regolarità di azione sia o no l'elemento esteriore di una consuetudine (posto che essa soddisfi la condizione appena indicata) non è cosa che possa venire decisa in astratto. La soluzione di questo problema dipende invece, volta per volta, dal tipo di risposta che si dà alla

domanda: "Perché i membri di G si comportano regolarmente nel modo C in S (fanno regolarmente A - un certo tipo di azione - in S)?"

Affinché si possa parlare di una consuetudine è necessario, anzitutto, che la risposta a questa domanda sia una risposta del tipo: "Perché ciascuno dei membri di G ritiene di *dover* fare A (ritiene di *doversi* comportare nel modo C) in S".

Questa risposta riproduce le condizioni (2) e (3) di TM. Ma non è ancora sufficiente. Non è difficile, infatti, immaginare situazioni nelle quali queste tre condizioni siano soddisfatte, e tuttavia non si possa ancora parlare di una consuetudine, se non in un'accezione fortemente indeterminata e imprecisa (e dunque scarsamente informativa) del termine 'consuetudine'.

Piuttosto, se a proposito di una regolarità di comportamento, sostenuta dalla convinzione generale di dovervisi conformare, si possa propriamente parlare di una consuetudine, dipende dal tipo di risposta che è possibile dare ad un'ulteriore domanda, la domanda: "Perché i membri di G ritengono di dover fare A in S?"

Il comportamento ripetuto può essere qualificato come *usus* di una consuetudine solo se la risposta a questa domanda è tale da includere un riferimento al comportamento degli *altri* membri di G. Se, per la precisione, ciascuno dei membri di G fa A perché ritiene di dover fare A, e ritiene di dover fare A *perché ciascuno degli altri membri di G fa A*.

Chiamerò questa nuova condizione *condizione di dipendenza* (d'ora in avanti, CD). Ciò che TM, integrata da CD, afferma è che:

In una situazione ricorrente S,  
sussiste una consuetudine presso i membri di un gruppo G se e solo se,  
dato un certo tipo di azione, A, tale da poter essere compiuta intenzionalmente,  
(1) in ogni istanza di S ciascuno dei membri di G fa A;  
(2) ciascuno dei membri di G fa A in S perché ritiene di dover fare A in S;  
(CD) il fatto che ciascuno dei membri di G faccia A in S *dipende* dal fatto che gli altri membri di G fanno A in S.

Insomma: quando fare A è una consuetudine, ciascuno dei membri di G fa A in S *perché* (in qualche senso ancora da determinare del termine 'perché') gli altri membri di G si comportano allo stesso modo.

Il problema è però: come va inteso questo 'perché'? A che genere di "dipendenza" si riferisce CD?

Per rispondere a questa domanda, chiediamoci anzitutto che tipo di comportamento sia il "fare qualcosa perché lo fanno gli altri".

Il caso tipico di un comportamento del genere è ovviamente l'*imitazione* del comportamento altrui (l'ipotesi, cioè, che il "fare una certa cosa perché la fanno gli altri" sia una forma di comportamento *mimetico*).

E' questa, ritengo, l'ipotesi rilevante ai fini di una definizione della consuetudine<sup>[3]</sup>. CD va quindi riformulata nel modo seguente:

(CD) Quando sussiste una consuetudine, ciascun membro di G *imita* gli altri membri di G.

Tuttavia, le forme di comportamento che possono essere più o meno correttamente descritte come forme di comportamento imitativo sono molteplici. Distinguiamo due ipotesi fondamentali:

1) Il fatto che gli altri membri di G facciano A è una *causa*, il cui effetto è il fatto che Tizio sceglie di (è disposto a) fare A.

2) Il fatto che gli altri membri di G facciano A costituisce una *ragione*, agli occhi di Tizio, per *concludere* (per inferire) di *dover* fare A.

Queste due ipotesi corrispondono a due diverse concezioni di fondo del comportamento imitativo: come comportamento irriflesso, immediato, determinato da una sorta di "istinto

mimetico", da un lato, e, d'altro lato, come azione consapevole e deliberata, consistente nel conformare scientemente il proprio comportamento al comportamento altrui.

Sulla base di questa distinzione, è possibile distinguere due diverse nozioni di consuetudine:

1) La prima nozione, che chiamerò nozione *causale*, o comportamentistica, di consuetudine, deriva dalla specificazione in termini causali di CD. Ciò che CD, così intesa, afferma, è che, ove sussiste una consuetudine:

(CD) il fatto che ciascuno dei membri di G preferisca fare A è un effetto, che ha come sua causa il fatto che gli altri membri di G fanno A<sup>[4]</sup>.

2) La seconda nozione, che chiamerò invece nozione *razionale* di consuetudine, è caratterizzata dalla specificazione di CD come un nesso di giustificazione (come un ragionamento pratico). Ciò che CD, così intesa, afferma, è che, ove sussiste una consuetudine, il fatto che ciascuno dei membri di G giudichi di dover fare A dipende dal fatto che tutti gli altri membri di G fanno A, in un senso ben preciso del termine 'dipende':

(CD) la constatazione del fatto che gli altri membri di G fanno A costituisce per ciascuno dei membri di G una *ragione* per concludere di dover fare A.

Riepiloghiamo. Sussiste una consuetudine solo se l'*usus* "produce" l'*opinio* (è questo il senso di CD). Questa "produzione" può assumere due forme: 1. causazione (l'*usus* come causa dell'*opinio*); 2. giustificazione (l'*usus* come ragione per conformarsi all'*usus* medesimo). Su questa base, è possibile distinguere fra una nozione causale ed una nozione razionale di consuetudine<sup>[5]</sup>.

Sono esempi della nozione causale di consuetudine tutte le concezioni che individuano l'origine (la base) delle consuetudini, e la loro forza, in meccanismi psicologici, o psicofisici, che sarebbero parte della costituzione naturale degli esseri umani, come ad es. la "forza dell'abitudine", la "forza della ripetizione", una forma di istinto mimetico, o ancora il riflesso condizionato ed il rinforzo.

Costituisce invece un esempio della concezione razionale della consuetudine quella che chiamerò nozione *normativa* di consuetudine.

Supponiamo che tutti i membri di G facciano regolarmente A in S, e che:

a) alla domanda "Perché fai A in S?" ciascuno di essi risponda: "Perché *devo* farlo";

b) che all'ulteriore domanda "Perché ritieni di dover fare A in S?" ciascuno di essi risponda: "Perché così si fa normalmente, e si è sempre fatto in passato";

c) che, infine, all'ulteriore domanda "Ma perché il fatto che si fa normalmente e si è sempre fatto A in S è, per te, una ragione per concludere di dover fare A in S?" ciascuno di essi risponda: "Perché, in generale, si deve fare ciò che si fa normalmente, e che si è sempre fatto in passato".

Questo ipotetico scambio di battute definisce la nozione normativa di consuetudine. Si dà una consuetudine, in questa accezione, se:

... in ogni istanza di S,

(1) ciascun membro di G fa A,

(2) perché ritiene di dover fare A, e

(CD) ciascun membro di G conclude di dover fare A perché:

(a) ritiene di dover fare ciò che si fa normalmente e che si è sempre fatto in passato;

(b) ritiene che si faccia normalmente A, e che in passato si sia sempre fatto A.

In questo caso, il fondamento della conclusione di doversi conformare alla regolarità consuetudinaria è una norma generale, che prescrive di ripetere i comportamenti di fatto ripetuti dalla generalità dei membri del gruppo<sup>[6]</sup> Questa norma può essere definita la "norma fondamentale" di un ordinamento normativo (puramente) consuetudinario, ed è necessaria al

fine di colmare il *gap* fra la constatazione dell'*usus* (un'affermazione descrittiva) e la conclusione di dovervisi conformare (una conclusione normativa).

### 3. Consuetudine: il concetto

Nel paragrafo precedente ho costruito più nozioni di consuetudine. Non abbiamo ancora colto, però, il "nocciolo" del concetto di consuetudine (il paradigma, l'idea, o il modello di consuetudine).

In teoria del diritto è stato recentemente sostenuto<sup>[7]</sup> che il requisito tradizionale della *opinio* debba venire sostituito con il requisito della "aspettativa di reciprocità".

Stando a questo modo di vedere, l'aspetto interno (atteggiamento soggettivo) costitutivo di una prassi consuetudinaria consiste nella disposizione, da parte di coloro che vi prendono parte, a comportarsi in un dato modo nei confronti degli altri partecipanti, *a patto che*, però, costoro facciano lo stesso, o che in generale ricambino, in qualche modo, la prestazione ottenuta. In questo senso, sussiste una consuetudine quando più individui si conformano ad una regolarità di comportamento perché si aspettano che anche gli altri vi si conformino, e per la stessa ragione.

Questo modo di intendere l'aspetto interno di una prassi consuetudinaria consente di compiere un vero e proprio salto di qualità nell'analisi del concetto di consuetudine, e di coglierne finalmente il nocciolo. Diviene infatti possibile saldare l'analisi teorico-giuridica della consuetudine con le analisi della formazione spontanea di regole sociali, elaborate grazie alle acquisizioni della teoria dell'interazione strategica<sup>[8]</sup>.

La tesi che intendo sostenere è, in breve, che i fenomeni consuetudinari vanno intesi ed analizzati alla luce del modello dell'interazione strategica. Che, cioè, l'elemento strategico è ciò che deve essere aggiunto a TM, al fine di cogliere il nocciolo della consuetudine.

Vediamo come.

Anzitutto, definisco una situazione di interazione strategica (in modo del tutto conforme alle definizioni correnti) come una situazione di scelta, che coinvolge più agenti, e tale che:

1) il risultato della scelta di ciascun agente dipende da quello che sceglieranno di fare gli altri agenti;

2) ciascuno, di conseguenza, deve scegliere che cosa fare sulla base di ciò che egli si aspetta che gli altri sceglieranno di fare, sapendo però che ciascuno degli altri agenti coinvolti si trova esattamente nella stessa situazione;

3) ciascuno, dunque, nel tentativo di farsi un'idea di ciò che gli altri faranno, deve farsi un'idea di che cosa gli altri si aspettano che egli faccia, il che a sua volta implica che ciascuno debba farsi un'idea di ciò che gli altri si aspettano che egli si aspetti che loro faranno, e così via;

4) nella deliberazione, insomma, ciascun agente deve cercare di replicare la deliberazione degli altri agenti, il che a sua volta implica che egli cerchi di replicare il tentativo altrui di replicare la propria deliberazione, il tentativo altrui di replicare il proprio tentativo di replicare la deliberazione altrui, e così via.

L'interazione strategica, così intesa, è il tipo di contesto appropriato per la comprensione del fenomeno della consuetudine, nella sua forma paradigmatica. Una consuetudine, nel senso più pieno e determinato di questo termine, è una regolarità di comportamento sostenuta (o sorretta):

1) da un insieme di aspettative reciproche di condotta, concordanti, di più livelli: aspettative relative al comportamento altrui, alle aspettative altrui relative al proprio comportamento, alle aspettative altrui relative alle proprie aspettative relative al comportamento altrui, e così via;

2) da un insieme di preferenze condizionali, dipendenti da tali aspettative, e tali da far sì che, in presenza delle aspettative in questione, si produca una regolarità di comportamento ad esse conforme.

O, in altri termini, quando sussiste una prassi consuetudinaria non soltanto ciascun agente fa A perché gli altri fanno A (CD, nella sua forma iniziale); ma, per di più, ciascuno fa A perché si aspetta che gli altri facciano A; e si aspetta che gli altri facciano A, perché si aspetta che gli altri si aspettino che gli altri (compreso lui) facciano A; e così via.

Il concetto di consuetudine può dunque essere definito nel modo seguente:

In una situazione ricorrente S  
sussiste una consuetudine presso i membri di un gruppo G se,  
dato un certo tipo di azione, A, tale da poter essere compiuta intenzionalmente,  
ciascuno dei membri di G:

- (1) fa A in S;
- (2) perché ritiene (giudica) di dover fare A in S;

(CD) conclude di dover fare A in S, perché ritiene che, di ciascuno dei membri di G, valgono precisamente le condizioni (1), (2), e CD.

Ciascuno dei membri del gruppo, insomma, fa A perché ritiene di dover fare A, e conclude di dover fare A perché ritiene che, di ciascuno dei membri del gruppo, valgono esattamente queste stesse condizioni.

La peculiarità di questa nozione di consuetudine, dunque, consiste nel carattere riflesso che vi assume CD.

Questa definizione può essere ulteriormente sviluppata prendendo esplicitamente in considerazione un fattore aggiuntivo: il decorso temporale.

A tal fine, è necessario differenziare secondo i due assi temporali del passato e del futuro l'atteggiamento consistente nel ritenere (credere) qualcosa; distinguere, cioè, fra le due forme che la credenza assume secondo che essa verta su cose passate o su cose future, rispettivamente la *memoria* e l'*aspettativa*. In questo modo, diviene possibile "distendere" temporalmente la nostra definizione; sussiste una consuetudine se ciascuno fa A perché:

a) ha *memoria* del fatto che (ricorda che) i suoi predecessori hanno fatto A in istanze precedenti di S; e che lo hanno fatto nell'*aspettativa* che i loro successori lo avrebbero fatto, e memori del fatto che i loro predecessori lo hanno fatto (e così via);

b) nutre l'*aspettativa* (prevede) che i suoi successori faranno A in istanze successive di S; e che lo faranno perché memori del fatto che i loro predecessori lo hanno fatto, e consapevoli del fatto che i loro successori faranno lo stesso (e così via).

Questo intreccio di memoria e aspettativa (o meglio, di memoria di aspettative e di aspettative di memoria) è ciò che una consuetudine è "nel tempo": una *tradizione* (in una delle accezioni possibili di questo termine). Naturalmente, è un problema ulteriore (che non affronterò qui) in che modo possa stabilirsi, e su quali basi possa sostenersi, un simile intreccio di memorie ed aspettative.

Vediamo ora quali sono le principali implicazioni della definizione appena proposta del concetto di consuetudine.

(1) Anzitutto, quando le condizioni specificate dalla nostra definizione sono soddisfatte, sussiste un insieme di aspettative reciproche complementari di condotta, *di ordine via via crescente* (o di livello crescente).

Definisco una "aspettativa dell'ennesimo ordine" (seguendo in ciò pedissequamente Lewis; 1969, p. 28) in questo modo:

1) un'aspettativa del primo ordine è un'aspettativa che verte su un evento, o uno stato di cose, che non è un'aspettativa;

2) un'aspettativa dell'ennesimo ordine (con  $n$  maggiore di, o uguale a, 2) è un'aspettativa che verte su un'aspettativa altrui di ordine  $n-1$  (ad es.: ho un'aspettativa del secondo ordine se mi aspetto che Tizio si aspetti che piova).

(2) CD, nella forma riflessa, implica che, se le condizioni specificate dalla nostra definizione sono soddisfatte, il fatto che lo siano è *conoscenza comune* fra i partecipanti alla prassi consuetudinaria.

Definisco la nozione di "conoscenza comune" (anche in ciò seguendo pedissequamente Lewis e altri) nel modo seguente:

p è conoscenza comune fra i membri di un gruppo G se e solo se ciascuno dei membri di G:

- 1) sa che p;
  - 2) sa che ciascuno dei membri di G sa che p;
  - 3) sa che ciascuno dei membri di G sa che ciascuno dei membri di G sa che p
- ...e così via.

In questo senso, condizione necessaria affinché sussista una consuetudine è che il comportamento ripetuto abbia carattere *pubblico*. Non basta né che la ripetizione abbia effettivamente luogo, né che essa sia nota a tutti i membri del gruppo, ma occorre altresì che sia loro noto il fatto che è loro nota, e così via. E' necessario, insomma, che il comportamento sia ripetuto per così dire "sotto gli occhi di tutti".

Lo stesso vale riguardo alle aspettative ed alle preferenze di ciascuno dei membri del gruppo. Una consuetudine è insomma una regolarità:

- 1) nel nostro comportamento, e
- 2) nelle aspettative e nelle preferenze relative al nostro comportamento, che sia conoscenza comune fra tutti noi (cfr. Lewis 1969, p. 107).

(3) Quando sussiste una consuetudine, un insieme di aspettative reciproche di livello crescente, concordanti le une con le altre, è congiunto con un insieme di preferenze condizionali, dipendenti da tali aspettative, e tale da produrre, ove siano presenti le aspettative, la ripetizione generale e costante di una data azione, in conformità alle aspettative medesime. La ripetizione così prodottasi, a sua volta, conferma le aspettative, alimentandole, in modo da riprodurre se stessa.

Stando alla nostra definizione, cioè, una consuetudine è una regolarità di comportamento tale da alimentare se stessa (purché si dia un insieme appropriato di preferenze), per il tramite di un insieme di aspettative reciproche di conformità a tale regolarità medesima, di più livelli, anch'esse tali da alimentare se stesse (per il tramite della ripetizione). E' insomma, e più semplicemente, una prassi strutturata in maniera tale che (con le parole di Lewis; 1969, p. 42):

- 1) da un lato, l'aspettativa di conformità produce conformità;
- 2) d'altro lato, e inversamente, la conformità produce aspettative di conformità.

Sussiste una consuetudine solo se questa duplice relazione è stabilita: solo se questo duplice processo di "produzione" è in corso, in atto.

In altri termini: la relazione fra i due elementi costitutivi della consuetudine, l'*usus* e l'*opinio*, è una relazione di determinazione reciproca. Non c'è un elemento che sia prioritario, e determinante (e che funga, quindi, da variabile indipendente), rispetto all'altro. Ma, d'altro lato, non basta registrare la presenza di entrambi gli elementi, giustapponendoli, senza specificare quale sia il loro rapporto. La peculiarità di quelle forme di *rule-following* che chiamiamo 'consuetudini' consiste nel particolare tipo di relazione che si istituisce fra l'aspetto interno e l'aspetto esterno della regola. Questo rapporto è infatti, nel caso delle consuetudini, circolare: l'*usus* è la causa, della quale l'*opinio* è l'effetto; viceversa, l'*opinio* è la causa, della quale l'*usus* è l'effetto. Una consuetudine è davvero, in questo senso, un circolo vizioso.

(4) Ulteriori sviluppi della nostra definizione dipendono dal tipo di risposta che si dà ad una nuova domanda:

Perché mai la convinzione che di ciascuno dei membri di G valgano le condizioni (1), (2) e CD costituisce, per ciascuno dei membri di G, una ragione per fare A in S (per conformarsi, cioè, alla regolarità consuetudinaria)?

Si tratta, in altri termini, dell'analisi dell'insieme di preferenze rilevanti, ed eventualmente delle ragioni a loro sostegno. Sotto questo profilo, il concetto di consuetudine qui proposto lascia aperte più possibilità; a seconda del tipo di risposta che si dà alla domanda, si otterranno versioni diverse del nostro concetto di consuetudine. Ecco alcuni esempi:



(a) Le preferenze condizionali rilevanti possono essere sorrette da (fondate su) assunti di carattere normativo (in senso proprio). In questo caso, otterremo una nuova versione, riflessa, della nozione normativa di consuetudine:

Ciascuno dei membri di G ritiene di doversi conformare alla norma "Si deve fare ciò che si fa normalmente, e si è sempre fatto in passato", a condizione però che ciascuno degli altri membri di G ritenga di doversi conformare (sotto la medesima condizione). Ovvero: i membri di G considerano valida una norma che impone la ripetizione dei comportamenti di fatto ripetuti in passato, purché siano stati ripetuti per la stessa ragione (e A è un comportamento di questo tipo).

(b) S (la situazione ricorrente nella quale il comportamento viene ripetuto) può essere un problema di coordinazione. In questa ipotesi, la nozione di consuetudine derivata dalla nostra definizione coinciderà interamente con la definizione data da Lewis del fenomeno che egli chiama *convention* (definizione sulla quale, data la sua notorietà, non mi soffermo)<sup>[9]</sup>.

(c) S può essere un "gioco di assicurazione" (Sen 1974). Anche in questo caso, è possibile costruire una nozione di consuetudine che soddisfa la nostra definizione.

Nel caso di un gioco di assicurazione ripetuto, può accadere che la strategia di equilibrio preferita da ciascuno dei giocatori (l'equilibrio cooperativo, ottimale) si stabilizzi in una consuetudine. La memoria dell'avvenuta ripetizione del comportamento che consente di conseguire tale equilibrio, ed il fatto che essa sia conoscenza comune, possono svolgere, infatti, il ruolo dell'assicurazione necessaria affinché le parti si orientino nuovamente verso l'equilibrio cooperativo.

(d) Infine, anche nell'ipotesi che S sia un dilemma del prigioniero ripetuto per un numero indefinito di volte (e purché siano soddisfatte ulteriori condizioni) otterremo una nozione corrispondente di consuetudine, conforme alla nostra definizione<sup>[10]</sup>.

Consuetudini di questo tipo consisteranno grosso modo nel conseguimento regolare di risultati cooperativi, ottimali, mediante l'adozione congiunta, da parte dei giocatori, della strategia "pan per focaccia", o di strategie affini sotto gli aspetti rilevanti (disponibilità a cooperare per primi; capacità di effettuare ritorsioni in caso di mancata cooperazione altrui; facilità di comprensione, da parte degli altri agenti coinvolti, della strategia adottata).

Questo tipo di analisi può probabilmente venire esteso al paradosso dell'azione collettiva.

Queste diverse versioni del concetto di consuetudine sono altrettante risposte (non necessariamente esaustive) al problema: perché mai dovrebbe sorgere, o almeno dovrebbe conservarsi una volta sorta, una regolarità di comportamento che soddisfi le condizioni specificate dalla nostra definizione?

La differenza fra di esse consiste nel tipo di preferenze (e, eventualmente, di ragioni sulle quali tali preferenze si fondano) ascritte ai partecipanti alla pratica. Le versioni (b), (c) e (d) sono anch'esse, come già la nozione normativa di consuetudine, forme particolari della nozione razionale (*vs.* causale) di consuetudine. Tuttavia, il "dovere" che figura nell'atteggiamento dei partecipanti alla prassi consuetudinaria non è, in questo caso, un dovere normativo, ma un dovere tecnico, o meglio l'espressione di un nesso di razionalità o opportunità strategica (*vs.* parametrica).

L'inventario appena fornito non pretende di essere completo; e ciascuna ipotesi richiederebbe un'analisi più approfondita. Spero però di essere riuscito a mostrare che la definizione del concetto di consuetudine qui proposta è una sorta di matrice che, al variare delle condizioni relative all'aspetto normativo-valutativo dell'atteggiamento dei partecipanti, genera forme diverse dello stesso tipo di fenomeno.

#### 4. Corollari

Dalla nostra definizione del concetto di consuetudine seguono, infine, alcuni corollari, che mi limito ad enunciare con qualche parola di commento (ciascuno di essi, però, richiederebbe una trattazione più ampia).

(C<sup>1</sup>) Una norma consuetudinaria non può essere valida se non a condizione di essere efficace: nel caso delle norme consuetudinarie, l'efficacia è condizione necessaria della validità.

Una norma consuetudinaria, infatti, è per definizione efficace (è, cioè, regolarmente osservata). Dunque, sia che per validità di una norma si intenda il suo dover essere osservata ("La norma 'Si deve fare A' è valida se e solo se si deve fare A"), sia che si intenda la sua esistenza (appartenenza ad un ordinamento normativo)<sup>[11]</sup>, fra le premesse dell'inferenza, la cui conclusione è l'attribuzione di validità ad una norma consuetudinaria, dovrà figurare la constatazione della sua efficacia.

In particolare, intendendo per validità di una norma il suo dover essere osservata, una norma consuetudinaria è una norma caratterizzata dalla circostanza che, fra le ragioni che giustificano la conclusione che ci si deve comportare come essa prescrive, svolge un ruolo centrale il fatto che la norma è osservata: una norma che si deve osservare, perché è osservata.

(C<sup>2</sup>) Se sussiste una consuetudine, che essa sussista è conoscenza comune fra i partecipanti alla prassi consuetudinaria (cfr. Lewis 1969, pp. 60 sgg.).

Questo corollario segue in modo del tutto ovvio da quanto si è visto a proposito dell'elemento di conoscenza comune presente nella consuetudine.

(C<sup>3</sup>) Un comportamento può essere identificato come partecipazione ad una prassi consuetudinaria soltanto sotto una certa descrizione; necessariamente, tale descrizione deve essere nota ai partecipanti alla pratica.

Il comportamento consuetudinario, infatti, è intenzionale; come tale, è identificabile soltanto "sotto una certa descrizione" (Anscombe 1957, pp. 37 sgg.). Da (C<sup>2</sup>), però, segue che la descrizione sotto la quale un certo comportamento può essere identificato come partecipazione ad una data prassi consuetudinaria deve essere la stessa descrizione sotto la quale ciascuno dei partecipanti alla pratica intende l'azione rilevante (propria e altrui). Il comportamento consuetudinario, dunque, è identificato dalla descrizione sotto la quale esso viene riconosciuto, identificato e compreso dai membri del gruppo presso il quale vige la consuetudine.

(C<sup>4</sup>) L'esistenza di una consuetudine ha come sua condizione necessaria un ragionamento pratico: l'elemento interiore di una consuetudine (*l'opinione*, o comunque lo si voglia chiamare) deve venire interpretato come (la conclusione di) un ragionamento pratico.

Ciò segue, banalmente, dal fatto che la famiglia di fenomeni identificata dalla nostra definizione ricade sotto la nozione razionale di consuetudine.

(C<sup>5</sup>) La partecipazione ad una prassi consuetudinaria garantisce un duplice tornaconto: 1. abbattimento dei costi derivanti dall'incertezza; 2. piacere della coordinazione (armonia, concordia, "unanimità").

1) La consuetudine vale, per ciascuno dei membri del gruppo, come un criterio di formazione e controllo delle proprie aspettative, in rapporto alla probabilità che esse vengano esaudite. Da questo punto di vista, il vantaggio (puramente prudenziale) derivante dalla partecipazione ad una prassi consuetudinaria è il vantaggio derivante della stabilità e prevedibilità dell'interazione sociale; consistente, cioè, nell'abbattimento dei costi dell'incertezza.

2) Una prassi consuetudinaria è, e viene compresa come, una trama di azioni ordinate, nella quale ad ogni azione corrisponde una reazione "appropriata", "conveniente"; come una forma di armonia, concordia, "unanimità", fra i membri del gruppo, *come se* vi fosse un'unica mente a indirizzarne le azioni.

(Ciò non esclude, ovviamente, che una simile forma di concordia possa costituire una vera e propria gabbia per l'individuo; ma non mi soffermo su questo punto.)

(C<sup>6</sup>) La consuetudine imita la natura.

Una consuetudine, in quanto prassi regolare, dunque prevedibile, dunque affidabile, in grado di prodursi e riprodursi (apparentemente) da sé, è una sorta di imitazione della natura: un ambiente sociale intessuto di consuetudini è una "seconda natura" (ovvero: è *come se fosse* l'ambiente naturale).

### **5. Consuetudine come convenzione**

Cerchiamo ora di trarre alcune conclusioni di carattere generale.

Il concetto di consuetudine, quale è stato qui definito, comprende come suoi elementi costitutivi un insieme di aspettative reciproche di condotta complementari (di più livelli), e di preferenze condizionali, la cui sussistenza è conoscenza comune fra i partecipanti alla prassi consuetudinaria.

Forme di interazione stabili sostenute dalla presenza, non accidentale, di questi fattori possono senz'altro dirsi, in un'accezione certamente non marginale né secondaria di questo termine, "convenzionali".

La contrapposizione abituale fra convenzioni (intese come accordi consapevoli e deliberati, siano essi taciti o espliciti) e prassi consuetudinaria, spontanea e irriflessa (o come talvolta si dice "immediata"), deve dunque essere abbandonata. Limitatamente ad un'accezione particolare, ma paradigmatica, del termine 'consuetudine', le consuetudini *sono* convenzioni: alcuni fenomeni consuetudinari di rilievo centrale presentano significativi aspetti convenzionali.

In particolare: quando alla base della risoluzione di conformarsi ad una regolarità di comportamento si trova un ragionamento pratico che ricade sotto la nostra definizione, una consuetudine è un accordo consapevole e deliberato, sia esso tacito o espresso. Non importa se alla sua origine si trovi o no un atto puntuale di stipulazione: il comportamento *concorde* (anche se non *concordato*) delle parti, sorretto da un insieme di aspettative reciproche e di preferenze condizionali del tipo indicato, è un accordo, una convenzione o, se vogliamo, un patto.

Naturalmente, una giustificazione esauriente di questa conclusione richiederebbe un'analisi della nozione di convenzione altrettanto dettagliata quanto quella sin qui svolta della nozione di consuetudine. Farò dunque un uso in una qualche misura suggestivo del termine 'convenzione'.

Mi sembra innegabile, però, che la sussistenza di un sistema di aspettative reciproche concordanti, e di preferenze condizionali dipendenti da tali aspettative, che sia conoscenza comune fra gli agenti coinvolti, costituisce il nocciolo di ciò che normalmente si intende con il termine 'convenzione'.

La tesi appena enunciata, secondo la quale alcuni fenomeni consuetudinari paradigmatici sono convenzioni, è confermata, peraltro, da una circostanza assai significativa: negli ambiti più disparati, le nozioni di consuetudine e di convenzione rinviano frequentemente l'una all'altra: consuetudini si rivelano fondate su, o riconoscibili come, convenzioni; viceversa, accordi consapevoli e deliberati si rivelano fondati su, o intelligibili come, consuetudini. Le due nozioni sono per così dire intrecciate l'una con l'altra<sup>[12]</sup>.

L'intreccio di consuetudine e convenzione si manifesta in tutti quei campi nei quali le due nozioni trovano la loro applicazione paradigmatica: sia in ambito logico-linguistico<sup>[13]</sup>, sia nel campo della teoria della cooperazione sociale, sia, infine, in ambito giuridico-politico.

Limitando l'analisi a quest'ultimo ambito, si potrebbero addurre parecchie esemplificazioni (dalla concezione della consuetudine presente nelle fonti romane, ai processi di formazione di consuetudini feudali e locali in età medievale; dalla sintassi teorica del contrattualismo moderno, a quella - parzialmente coincidente con essa - del costituzionalismo medievale e moderno). Per concludere, mi soffermerò brevemente su tre di esse, tratte da tre settori del diritto contemporaneo nei quali la consuetudine riveste tuttora un'importanza non marginale: 1. il diritto costituzionale; 2. il diritto internazionale; 3. gli usi c.d. negoziali in diritto privato.

### **6. Consuetudini e convenzioni costituzionali**

Nel rapporto fra i titolari degli organi costituzionali, e fra le forze politiche, si formano spontaneamente pratiche regolari, modi di convivenza e di relazione, indirizzi stabili di condotta,

che tendono ad assumere la forma ed il rilievo di diritto costituzionale non scritto, o comunque a farsi valere come modalità di regolazione dei rapporti fra i soggetti coinvolti contigue al diritto costituzionale scritto.

Si suole distinguere, in proposito, fra *consuetudini* e *convenzioni* costituzionali. Generalmente (ma non unanimemente) si ritiene che le prime siano norme giuridiche in senso proprio, e che le seconde, di contro, siano regole non giuridiche.

Abitualmente, le convenzioni costituzionali vengono definite come accordi taciti (ma si tratta talvolta di accordi espliciti) fra le parti, e vengono contrapposte, precisamente in quanto accordi consapevoli e deliberati, alle consuetudini costituzionali (analizzate, queste ultime, nei due elementi dell'*usus* e dell'*opinio*)<sup>[14]</sup>. La distinzione tuttavia, è incerta: i tentativi di individuare criteri univoci di differenziazione fra consuetudini e convenzioni costituzionali non hanno dato, sino ad ora, risultati soddisfacenti.

Di fatto, accade sovente che convenzioni costituzionali si trasformino impercettibilmente, in un lasso di tempo più o meno lungo (talvolta brevissimo), in consuetudini. In generale, la tesi secondo cui non sussiste, fra consuetudini e convenzioni costituzionali, alcun discrimine netto, è stata più volte sostenuta, sulla base di argomenti abbastanza plausibili<sup>[15]</sup>.

Non intendo qui impegnarmi in questa controversia. Né, tanto meno, intendo sostenere che, dal punto di vista tecnico-giuridico, non sussista alcuna differenza fra consuetudini e convenzioni costituzionali. La tesi che intendo sostenere è invece la seguente:

Il contesto delle relazioni fra i titolari degli organi costituzionali e fra le forze politiche si configura sovente come un contesto di interazione strategica. Le regole consuetudinarie che emergono dall'interazione fra tali soggetti possono in simili casi venire comprese e spiegate sulla base di insiemi di aspettative e preferenze, reciprocamente noti, del tipo sin qui descritto. In questa misura, le consuetudini costituzionali sono spesso regolarità di comportamento che soddisfano la definizione qui proposta del concetto di consuetudine, ed hanno quindi, in questo senso, carattere convenzionale.

Con questo, non intendo escludere la possibilità che l'adozione di una particolare concezione delle condizioni necessarie e sufficienti affinché una regolarità di comportamento possa venire assunta come fatto produttivo di norme *giuridiche* consenta di tracciare una netta linea di demarcazione fra consuetudini e convenzioni costituzionali. Ciò che intendo sostenere è, più semplicemente, che le convenzioni costituzionali sono spesso pratiche, usi, regolarità di condotta di cui tutti si aspettano che tutti si aspettino... l'osservanza, sulla base della constatazione dell'osservanza passata (e del fatto che essa è nota a tutti i soggetti coinvolti, è noto a tutti che sia nota a tutti, ecc.); e che vengono osservate precisamente per questa ragione. Sono, insomma, consuetudini (stando alla nostra definizione). E, viceversa, le consuetudini sorgono spesso, in ambito costituzionale, da ben pochi precedenti, ed il loro sviluppo è il risultato delle anticipazioni strategiche (aspettative di aspettative) dei (pochi, se non pochissimi) soggetti coinvolti, orientati alla scelta di strategie di equilibrio. Sono, insomma, convenzioni.

## 7. La consuetudine in diritto internazionale

L'ordinamento giuridico internazionale è caratterizzato dall'assenza di un'organizzazione accentrata paragonabile a quella statale, e, dunque, di fonti scritte paragonabili alla legge.

Semplificando all'estremo, sono fonti del diritto internazionale (pubblico) la consuetudine ed il trattato. Questa dicotomia riproduce la contrapposizione abituale fra consuetudini e convenzioni.

Tuttavia, anche nell'ambito del diritto internazionale consuetudini e convenzioni si rivelano spesso intrecciate le une con le altre. Gran parte delle consuetudini internazionali odierne, infatti, possono essere analizzate come convenzioni, anche se non come il frutto di atti puntuali di stipulazione di accordi consapevoli e deliberati.

La teoria della consuetudine internazionale ha oscillato a lungo fra due estremi (cfr. Arangio Ruiz 1988, pp. 3-4). Il primo estremo è rappresentato dall'analisi della consuetudine come prodotto dell'accordo tacito di volontà sovrane, le volontà degli Stati (teoria c.d. consensualista della consuetudine internazionale). Il secondo estremo è rappresentato dall'analisi della consuetudine come fenomeno "obiettivo", "spontaneo", a fondamento del quale si troverebbe

(non la volontà, ma) il "sentimento", o la "coscienza giuridica collettiva", della comunità internazionale (concezione c.d. comunitaria del diritto internazionale non scritto).

Le carenze di entrambi questi tipi di teoria da un lato, e l'evidente presenza di elementi di carattere consensuale negli sviluppi contemporanei del diritto internazionale non scritto d'altro lato, inducono ad analizzare gran parte delle norme del diritto internazionale non scritto odierno come il frutto di processi che si collocano "a metà strada" fra la stipulazione di accordi deliberati e consapevoli, e la spontanea "emergenza" di norme universalmente riconosciute come valide; processi che partecipano "ad un tempo di certe caratteristiche della consuetudine e di certi caratteri dell'accordo tacito: e più delle une o degli altri a seconda del caso" (Arangio Ruiz 1988, pp. 5-10).

Consuetudini di questo tipo, la cui formazione e trasformazione sono anticipate e parzialmente guidate dalle aspettative e dalle scelte strategiche dei membri della comunità internazionale, e che in questo senso costituiscono il risultato di situazioni di interazione strategica, soddisfano le condizioni specificate dalla definizione qui proposta del concetto di consuetudine<sup>[16]</sup>

L'intreccio fra le due nozioni è particolarmente evidente nel contesto dei rapporti fra consuetudini internazionali e convenzioni di codificazione del diritto internazionale. Può accadere, infatti, che il contenuto delle "grandi convenzioni di codificazione a vocazione universale" "sia considerato corrispondente al contenuto del diritto consuetudinario dalla generalità degli Stati, e non solo dalle rispettive parti"; ove ciò accada, "le norme codificate si impongono a tutti grazie alla loro duplice natura; come norme convenzionali esse sono obbligatorie esclusivamente inter partes, mentre vincolano tutti gli Stati nella veste di norme consuetudinarie" (Condorelli 1989, pp. 502-3).

## 8. Usi negoziali

Anche in sede di interpretazione o integrazione dei contratti le nozioni di accordo (deliberato e consapevole) e di consuetudine sono intrecciate. Vediamo come.

La comprensione di quanto espressamente convenuto dai contraenti, in vista del giudizio sull'adempimento o meno del contratto, può richiedere, e spesso richiede, che la lettera del contratto sia collocata in un contesto.

Tale contesto è normalmente costituito, almeno in parte, dalle pratiche generalmente seguite nel settore di attività cui il contratto si riferisce. Si presume, cioè, che quanto è stato espressamente convenuto dai contraenti sia da intendere, ed eventualmente da integrare, alla luce delle pratiche generalmente seguite.

Questa presunzione, a sua volta, è fondata sulla presunzione che l'osservanza di tali pratiche sia conoscenza comune fra le parti, presunzione da cui deriva l'aspettativa che ciascuna parte nutra l'aspettativa che l'altra si aspetti... che quanto è stato espressamente convenuto sia da interpretare ed eventualmente integrare alla luce delle pratiche in questione.

A questo punto, per dirla con L. Fuller (1969, p. 225), "non è facile decidere se si debba dire che, col prendere parte ad un certo ambito di attività, le parti sono divenute soggette all'autorità di un corpo di diritto consuetudinario preesistente"; o se invece si debba dire "che esse hanno, con un accordo tacito, incorporato la pratica generalmente seguita nei termini del loro contratto". Non è facile decidere questa alternativa, perché ove si verificano le circostanze indicate l'osservanza di una consuetudine è, per l'appunto, una convenzione.

Le parti, dunque, si aspettano che il contratto venga interpretato, e adempiuto, alla luce delle consuetudini generalmente osservate (e si aspettano che ciò sia quanto l'altra parte si aspetta, ecc.). Questo insieme di aspettative, e le preferenze condizionali corrispondenti, costituiscono però l'aspetto interno di quelle consuetudini medesime. La stipulazione del contratto, dunque, coincide con l'osservanza di una o più consuetudini. Quando il contratto è sostenuto da un simile insieme di aspettative e preferenze, la sua stipulazione ed il suo adempimento entrano a far parte dell'*usus* di una prassi consuetudinaria; valgono, cioè, come casi di conformità a regolarità consuetudinarie, e, come tali, contribuiscono (alimentando le aspettative rilevanti) al perpetuarsi

di queste ultime. Ove queste circostanze si verificano, insomma, la stipulazione e l'adempimento di un contratto sono, per l'appunto, consuetudini.

Questa forma di intreccio di consuetudine e convenzione è registrata, nel nostro ordinamento, mediante il ricorso ad usi interpretativi ed integrativi dei contratti (rispettivamente, artt. 1368 e 1340 del c.c.).

## 9. Conclusione

Per concludere, vorrei puntualizzare che cosa *non* ho sostenuto:

1) Che *ogni* forma di consuetudine (giuridica e non) possa o debba venire intesa, alla luce del modello dell'interazione strategica, come una convenzione.

2) Che le consuetudini *giuridiche* possano o debbano sempre e comunque essere intese come regole sociali spontanee.

Non ho discusso né il problema del fondamento di giuridicità delle norme giuridiche consuetudinarie, né la posizione della consuetudine nella gerarchia delle fonti degli ordinamenti giuridici contemporanei. Il mio obiettivo era soltanto di mostrare che:

1) alcuni fenomeni consuetudinari paradigmatici sono di natura convenzionale;

2) questo tipo di analisi della consuetudine può riuscire illuminante limitatamente ad alcuni settori - non certo marginali, ma circoscritti - del diritto contemporaneo.

## Note

1. Guastini 1994, p. 220; Guastini fa riferimento a Bobbio 1950, pp. 349-51.

2. Con riferimento ad una prassi consuetudinaria reale, entrambe queste assunzioni di universalità (partecipanti e tempo) devono essere indebolite (non oltre, però, un certo limite, costituito dalla *maggior parte* dei membri del gruppo e la *maggior parte* del tempo). D'ora in avanti, ciò resterà sottinteso.

3. Cfr. Lewis 1969, p. 118; Barberis 1990, pp. 124-5, 143.

4. La convinzione di *doversi* conformare all'*usus* è qui indebolita in una mera *preferenza* di conformità; non si tratta di una modifica sostanziale rispetto a TM, ma solo di una sua generalizzazione (purché però la nozione di preferenza venga definita in modo che da essa segua che la convinzione di dover fare A implica la preferenza per A, ma non il contrario; cfr. in proposito Celano 1994, cap. 5).

5. Nell'ipotesi che si aderisca ad una teoria dell'azione per la quale le ragioni d'azione sono cause delle azioni corrispondenti, ma non tutte le cause d'azione sono ragioni, la distinzione potrà egualmente venire tracciata.

6. Cfr. ad es. Kelsen 1945, pp. 35, 169, 365, 369; Ross 1958, trad. it. p. 87.

7. Lazzaro 1983; Guastini 1989, p. 52 e 1993, p. 258; cfr. anche Zagrebelsky 1988a, pp. 263, 279, e 1988b, pp. 3, 6. La tesi ha un precedente significativo in Fuller 1969, *passim* e 1974, pp. 102-3.

8. Cfr. fra gli altri Schelling 1960; Lewis 1969; Ullmann-Margalit 1977; Axelrod 1984; Sugden 1986.

9. Lewis 1969, pp. 42, 57, 78. Ma cfr. già Schelling 1960, pp. 91-2, 104-7, 168-70; e Ullmann-Margalit 1977, cap. 3.

10. Mi riferisco qui alle analisi di R. Axelrod (1984) delle strategie collettivamente stabili in dilemmi del prigioniero ripetuti.

11. Su questi due modi di intendere la nozione di validità di una norma cfr. Celano 1994, pp. 108 sgg.

12. Questo intreccio si mostra, nella forma più semplice e apparentemente più banale, nella puntualizzazione: "Anche ciò che è consuetudinario è convenzionale; ma vale come una seconda natura".

13. Mi riferisco qui al tradizionale problema della convenzionalità *vs.* naturalità del linguaggio (e della logica). Lo scambio sistematico fra la nozione di convenzione e quella di consuetudine nella trama delle risposte a questo problema risale già al *Cratilo* platonico (384d, 434e sgg.).

14. Cfr. per tutti Rescigno 1972, pp. 110-5, 117, 141.

15. Cfr. per tutti Paladin 1970, pp. 678-9.

16. Un punto merita di essere sottolineato: la debolezza, più volte rilevata, della teoria della consuetudine internazionale come accordo tacito deriva essenzialmente o dalla pretesa (qui non avanzata) che essa sia in grado di rendere ragione della natura di *tutte* le norme di diritto internazionale non scritto, o dalla particolare nozione di accordo alla quale essa si richiama, nozione che esclude la possibilità di qualificare come "accordi" equilibri strategici conseguiti spontaneamente sulla base di replicazioni (di replicazioni...) del ragionamento pratico delle parti. Sotto questo secondo profilo, la teoria risulta insoddisfacente non perché le consuetudini non possano essere accordi taciti, ma perché viziata da una concezione piuttosto miope delle forme di accordo (tacito e non) possibili.

## Bibliografia

- Anscombe, G.E.M., 1957 *Intention*, Blackwell, Oxford 1963<sup>2</sup>.
- Arangio Ruiz, G., 1988 *Consuetudine (diritto internazionale)*, Enc. giuridica, vol. VIII, Ist. Enc. It., Roma.
- Axelrod, R., 1984 *The Evolution of Cooperation*, Basic Books, N. Y.
- Barberis, M., 1990 *Il diritto come discorso e come comportamento*, Giappichelli, Torino.
- Bobbio, N., 1950 *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, rist. in N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino 1994.
- Bobbio, N., 1961 *Consuetudine (teoria generale)*, Enc. del diritto, vol. IX, Giuffrè, Milano.
- Celano, B., 1994 *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla Legge di Hume*, Giappichelli, Torino.
- Condorelli, L., 1989 *Consuetudine internazionale*, Digesto delle discipline pubblicistiche, vol. III, UTET, Torino.
- Fuller, L.L., 1969 *Human Interaction and the Law*, rist. in L. L. Fuller, *The Principles of Social Order*, Duke U. P., Durham 1981.
- Fuller, L.L., 1974 *Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction*, Archiv fŷr Rechts- und Sozialphilosophie, Bh. 8.
- Guastini, R., 1989 *Produzione e applicazione del diritto*, Giappichelli, Torino.
- Guastini, R., 1993 *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano.
- Guastini, R., 1994 *Tre domande a Francesco Viola*, in M. Jori (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica*, Giappichelli, Torino.
- Hart, H.L.A., 1961 *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford.
- Kelsen, H., 1945 *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- Lazzaro, G., 1983 *Reciprocità e consuetudine*, in U. Scarpelli (a cura di), *La teoria generale del diritto*, Comunità, Milano 1983.
- Lewis, D., 1969 *Convention*, Blackwell, Oxford.
- Paladin, L., 1970 *Governo italiano*, Enc. del diritto, vol. XIX, Giuffrè, Milano.
- Rescigno, G.U., 1972 *Le convenzioni costituzionali*, CEDAM, Padova.
- Ross, A., 1958 *On Law and Justice*, Stevens, London. Trad. di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino 1965.
- Schelling, T., 1960 *The Strategy of Conflict*, Harvard U.P., Cambridge (Mass.).
- Sen, A.K., 1974 *Choice, Ordering and Morality*, in S. Kŷrner (ed.), *Practical Reason*, Blackwell, Oxford 1974.
- Sugden, R., 1986 *The Economics of Rights, Co-operation, and Welfare*, Blackwell, Oxford.
- Ullmann-Margalit, E., 1977 *The Emergence of Norms*, Clarendon Press, Oxford.
- Zagrebelsky, G., 1988a *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, UTET, Torino.
- Zagrebelsky, G., 1988b *Convenzioni costituzionali*, Enc. giuridica, Ist. Enc. It., Roma.